

論文

ロールモデルの理論とAffirmative Action (1)

Role Model Theory and Affirmative Action [Part 1]

茂木 洋平

桐蔭横浜大学法学部

(2020年12月9日 受理)

I. はじめに

1. 問題の所在

本稿の目的は、アメリカ合衆国で、ロールモデルの理論によって人種に基づく Affirmative Action (AA) を正当化することに、如何なる理論的問題があるのかを明らかにするところにある。ロールモデルの理論とは、マイノリティが過小代表である指導的な地位に AA によって「相当数 (critical mass)」のマイノリティを就けることで、マイノリティにロールモデルを提供し、成功を諦めていたマイノリティが成功を希求し、またマイノリティへの劣等視をマジョリティからなくすことで、社会状況の変革を求める考えである。

ロールモデルの理論は、合衆国裁判所では、教員の雇用判断における AA の合憲性が問題とされた文脈で登場した。下級審ではこの理論による正当化が認められたが、合衆国最高裁では否定された (II)。それ以降、ロールモデルの理論による AA の正当化は判例で論じられなくなった。日本の法学研究では、合衆国でのこのような判例の状況を踏まえて、ロールモデルの理論による AA の正当

化をめぐる問題が論じられることはほとんどなかった。日本の法学ではロールモデルの理論と AA の関係を主題として取り扱った業績はなく、この問題について論じている個所もほとんど見受けられない。だが、日本でアフーマティブア・アクションの導入が検討される際には、その正当化理由としてロールモデルが挙げられることがある。紙面の関係から、日本でロールモデルが何を意味するのかは論じないが、本稿の作業はいずれそれを明らかにするための重要な準備作業である。

2. 構成

本稿では、以下のように検討を進める。ロールモデルの理論による AA の正当化をめぐる判例の展開を簡単に概観し (II)、ロールモデルの理論とは何かを検討する (III)。次に、ロールモデルの理論が必要とされた理由を明らかにし (IV)、この理論への批判を検討する (V)。AA には様々な正当化理由があるが、ロールモデルの理論は社会的差別の救済 (VI) や多様性 (VII) と関連するため、両者の関連性を見る。最後に、議論をまとめる (VIII)。

II. 判例の展開

ロールモデルの理論は、合衆国裁判所の判例では、教員のレイオフをめぐる文脈で登場した。Wygant 判決では、教員のレイオフの判断に際し、マイノリティであることを考慮する労働協約の合憲性と市民権法第7編との抵触が問題となった。労働協約には「教育委員会がレイオフにより教員数を削減しなければならなくなったときには、学区でシニオリティの高い教員は在職する。ただし、いかなるときも、レイオフ時点で雇用されているマイノリティ教員の比率よりも高い比率でマイノリティ教員がレイオフされてはならない」と規定されていた。この規定の背景には、マイノリティ教員は近年採用された者が多く、非マイノリティの教員と比べてシニオリティが低く、シニオリティに基づくレイオフを実施すると、不均衡な割合でマイノリティがレイオフされ、教員に占めるマイノリティの割合が著しく低くなる事情がある。教育委員会はマイノリティの生徒にとってのロールモデルとしてのマイノリティ教員の存在の重要性から、AA を擁護した。この規定により在職を否定された者が、労働協約の違憲性と市民権法第7編との抵触を主張し、提訴した。

下級審では、社会的差別がマイノリティの生徒から教員以外のロールモデルを奪ってきたことから、ロールモデルとしてのマイノリティの教員の存在が重要だとして、合憲判断を下した¹⁾。合衆国最高裁では、パウエル裁判官相対多数意見は、マイノリティの生徒へのロールモデルの提供は社会的差別の影響を緩和する1つの試みであり、「教育委員会に対して、いずれの正当な救済目的で要求される地点を大幅に過ぎて、採用とレイオフの差別的な判断への従事」を許し、「論理的な終結点がない」として、ロールモデルの理論による AA の正当化を明確に否定した²⁾。

その後の合衆国最高裁の判例も Wygant 判決を参照し、ロールモデルの理論による AA

の正当化を否定した。Croson 判決³⁾では、市の公共事業契約の第一次契約者に対して、契約額の少なくとも30%をマイノリティ所有の業者に下請けをさせる条例の合憲性が問題とされた。合衆国最高裁は厳格審査を適用し、違憲判断を下した。オコナ裁判官相対多数意見の部分は、ロールモデルは範囲と期間において無制限に人種区分を正当化すると批判した⁴⁾。

AA の合憲性や適法性について事例ごとに判断を変える中間派の裁判官や、否定的な裁判官によってロールモデルの理論による正当化が明確に否定されたことから、Wygant 判決以降の AA の事例では、ロールモデルの理論は論じられなくなった。

III. ロールモデルの理論の定義 ——包含と排除

1. 包含

ロールモデルとそれに続こうとする者との関係は後者が前者に関心を持てば成立し、両者の直接的な接触は必須ではない⁵⁾。もっとも、個人のアイデンティティは相互関係から構築される部分が大きく、直接的に接触のある関係性はロールモデルの効用に重要である⁶⁾。そうした意味で、マイノリティの若者にとって、直接的に関係を持つ親や教員といったロールモデルの重要性は高いとされる⁷⁾。ロールモデルの欠如から、ロールモデルの理論は人種的マイノリティに焦点が当てられている⁸⁾。

最も単純な形態では、ロールモデルの理論は、個人が特定の役割で卓越したパフォーマンスを発揮すると考えている他の個人を模倣しようとするプロセスを指す⁹⁾。マイノリティはロールモデルから成功のプロセスを学び¹⁰⁾、模倣して成功の可能性が高まる¹¹⁾。

これは、マイノリティが同じ人種のロールモデルから知識や技術を学ぶときに、他者から学ぶ時と比べて、それらをより早く修得で

きるとは言っていない¹²⁾。マイノリティは指導的地位に自身のグループがいないことから努力しても成功できないと考えてきたが¹³⁾、ロールモデルの存在によって、支配的なグループによる価値の引き下げがなされていないと認識し¹⁴⁾、成功を希求することに焦点が当てられている¹⁵⁾。

2. 排除

合衆国最高裁はある文脈でロールモデルの理論を「不明確な」救済の手法だと否定したが¹⁶⁾、他の文脈では排除と差別を正当化するのに十分に正確な概念を考慮した。Ambach 判決¹⁷⁾で、合衆国最高裁は、合衆国市民あるいは市民権の申請を意図する者にだけ公立学校の教員資格の獲得を許すニューヨーク州法を支持した¹⁸⁾。その理由は「教員は生徒の認識と価値観に巧妙だが重要な影響を行使して、彼の生徒のロールモデルとして務める」ところにある¹⁹⁾。

Wygant 判決で、パウエル裁判官相対多数意見は人種区分を正当化するにはあまりにも漠然だとロールモデルの理論を考えたが²⁰⁾、この理論が教員からの在住外国人の州による排除を正当化することに納得していたとされる²¹⁾。

Ambach 判決で、合衆国最高裁は包括的な意味で教員がロールモデルになると明確に考えた²²⁾。合衆国最高裁によれば、学生は良質で美徳的な市民生活をどのように考えているかについて教員を模倣することから、ロールモデルの概念を擁護する²³⁾。Ambach 判決でのパウエル裁判官の結論は、Wygant 判決でのロールモデルの概念に関する彼の対照的な見解を調和させるのは難しいとされる²⁴⁾。Ambach 判決でロールモデルの概念が他者に利益を否定する一方である者に正当に利益を与えているのであれば、Wygant 判決ではなぜそれが曖昧な概念とされたのが疑問視されている²⁵⁾。

2つの事例には、いくつか違いがある。Wygant 判決は教育制度の人種差別の歴史と

その救済に、Ambach 判決は外国人に関係する。大きな違いは、Wygant 判決では、協約に異議を唱えた教員は既に雇用されていたが、Ambach 判決では、州法に異議を唱えた者は教員の志願者であった²⁶⁾。Wygant 判決で、ロールモデルの理論により AA を正当化すると、それによりレイオフされる白人教員に非常に大きな負担をかける。負担の程度の差が両判決の結論を分けたと分析される²⁷⁾。

Ambach 判決では、人種とは異なり定住外国人は市民権の取得により排除対象から外れることが認識されていた²⁸⁾。他方、AA の文脈では、合衆国最高裁は、ロールモデルの議論を明確に不要にできず、永続化を懸念していた²⁹⁾。

IV. ロールモデルの必要性

1. 成功の希求

ロールモデルの理論は、黒人やヒスパニックのように、マイノリティの中でも低い社会経済的に地位にあるグループに焦点があてられている³⁰⁾。人種に関わらず貧困者には、肯定的影響を及ぼすロールモデルが欠けている場合が多い³¹⁾。貧困な白人もロールモデルを欠いているが、マイノリティとは異なる地区に居住し、後者と比べると様々な面でロールモデルに触れるため³²⁾、前者は後者よりも社会経済的成功を収めるのに優位な状況にある³³⁾。

マイノリティが合衆国の様々な領域で過小代表である理由の1つは、それらのグループのメンバーが模範となる指導的な地位に自身のグループを見ていないところにあるとされる³⁴⁾。そのため、マイノリティは努力しても成功できないと考え、低いキャリアしか描けない³⁵⁾。マジョリティと比べてマイノリティの学力が低い原因は学力が卒業後の地位と関連しないところにあり³⁶⁾、マイノリティは努力する動機がないと指摘される³⁷⁾。

社会経済的に高い地位にマイノリティのグ

ループのメンバーがいることは、そのグループの中でも特に若者に強い影響力を及ぼすとされる³⁸⁾。若者は同じグループの出身者を見て、自身が到達できるレベルの専門職を判断する³⁹⁾。特に、黒人は、専門職を志す際に他の黒人を見るとされる⁴⁰⁾。専門職で成功を収めた黒人のロールモデルが少ないことは、黒人の若者に成功の機会が限られていると認識させ⁴¹⁾、成功の見込みがないと考えさせてしまう⁴²⁾。

困難を乗り越えて成功を収めた黒人のロールモデルは、「(黒人の) 若者に将来的にさらなる希望と信頼を鼓舞するのは疑いない」なく⁴³⁾、グループの他のメンバーの目に見える成功は努力しても成功できないという印象を薄め、グループのメンバーに成功の希求を促す⁴⁴⁾。成功を収めたマイノリティの存在は成功する方法の学習を欲するマイノリティにとって貴重な情報源であり⁴⁵⁾、ロールモデルは地位を得るのに必要な行動と価値観を示すことで、黒人の態度を変え⁴⁶⁾、若者が成功する可能性を高める⁴⁷⁾。

AA は直接の受益者（ロールモデルとなる者）を超えて、マイノリティグループの他のメンバーの平等な機会の促進するのであり⁴⁸⁾、マイノリティはロールモデルを見て⁴⁹⁾、自身の成功への道筋を理解することで、はじめて成功へ向けた努力ができるとされる⁵⁰⁾。これにより生じる乗数効果から、マイノリティ全体の不利な状況の改善が期待されている⁵¹⁾。

社会経済的に高い地位にマイノリティが少ないことは、多くのマイノリティに対して、社会の主流で影響力のある一定の地位を欲するのを妨げる。ロールモデルの議論は、成功のための心理的および知覚的（物質的および構造的ではない）障害を強調する⁵²⁾。この議論は、ある人種グループのメンバーは他のグループのメンバーを模倣できないという前提に基づき、その前提がなければ、動機づけの形としてある特定の地位にある人種グループが自身のグループのメンバーを見る必要性

を述べる意味はほとんどないことになる⁵³⁾。

非常に不利な背景の出身の若者は、中間層の若者と比べて、将来計画を立てる可能性は低いため、ロールモデルは前者よりも後者に効果的だとされる⁵⁴⁾。だが、前者でも、成功を求める彼らの可能性を評価する際に、彼らの人種グループのメンバーを見るとされる⁵⁵⁾。

2. 排除の物語への反証

支配的なグループがマイノリティを一定の役割に区分したときに、マイノリティへの価値の引き下げが起こる。例えば、黒人は身体能力や芸術では優れているが、学力等では劣っていると考えられたため、マジョリティは黒人の役割を固定し、黒人自身も自らの役割を固定した⁵⁶⁾。この見解では、指導的な地位での過小代表の原因は黒人の劣等性に起因し、ロールモデルを提供しても状況は改善されず、無意味だという議論に結びつく⁵⁷⁾。マイノリティの排除を正当化するためにマジョリティにより展開された物語は、排除には正当性があるとマジョリティを安心させ、さらに重要なことは、彼ら自身に疎外の原因があることを犠牲者に納得させ、被排除者の自己評価の切り下げと自己疑惑を強めて、排除の実施者を無実だと安心させたとされる⁵⁸⁾。

マイノリティの自己評価の切り下げは、ロールモデルの欠如から生じたと反論される。例えば、合衆国地方裁判所の判例は「社会的差別がマイノリティの子供たちから（教員以外の）他のロールモデルをとくとして奪ってきたことから、（ロールモデルとしてマイノリティの教員を確保すること）は非常に重要」だと示し⁵⁹⁾、マイノリティへの差別があらゆる文脈（教育及びその他の領域）で、（マイノリティの若者が手本とする）成功を収めたマイノリティのロールモデルをマイノリティの若者から奪ったとする⁶⁰⁾。社会的差別がマイノリティからロールモデルを奪ってきたことを考えると、社会は、周縁化されたグループのアイデンティティを構成する物

語と、価値の切下げと誤解によって定義されるアイデンティティに対抗することで、差別を是正すべきだとされる⁶¹⁾。

ロールモデルの存在は、マイノリティが自己を如何に認識するのかに関連するとされる⁶²⁾。人種主義によって人種グループ間には不均衡が存在し⁶³⁾、指導的な地位におけるマイノリティの過小代表自体が抑圧から生じ、グループの不均衡が抑圧を証明しているという見解では、伝統的に排除されてきたグループのメンバーが指導的地位に一定数いることは、ロールモデルとしての役割を担うことを希望する者に、支配的なグループが彼らの価値を引き下げないことを目に見えて保障し⁶⁴⁾、周縁に置かれたグループの排除を強化する、マジョリティの物語を反証することになる⁶⁵⁾。

合衆国の排除の歴史を考えると、指導的な地位にわずかな数のロールモデルしか存在しないと、マイノリティに対して、彼らの評価を切り下げる組織行為が現在ではなくなると納得させる可能性は低い⁶⁶⁾。マジョリティの物語への反証は、マイノリティのロールモデルが相当数いることで強くなるとされる⁶⁷⁾。

V. ロールモデルの理論への批判

1. 価値の切り下げと劣等性の感情

ロールモデルが存在しても、実際には、ほとんどのマイノリティの若者はロールモデルのように成功できない⁶⁸⁾。故に、マイノリティは自身に能力がないと考え、自身の評価を切り下げることにもなりかねない。そのため、マイノリティは自身のグループの不均衡の原因を自身の能力のなさから生じた考えるため、ロールモデルの議論はマジョリティの利益に資することになり、拒否されるべきとも主張される⁶⁹⁾。

AAにより地位を得た者の中には、既存の評価基準では地位を得られず、ロールモデル

としての役割を果たすことを期待されて地位を得た者がいる。そのため、ロールモデルによるAAの正当化は、マイノリティグループのメンバーは自身の「メリット」に基づいて成功できないと考え、劣等性の感情が生じる場合があり⁷⁰⁾、ロールモデルにより生じると推定される利益は、AAが生じさせる劣等性の感情の発生によって相殺される可能性があるともされる⁷¹⁾。

2. 人種分離の助長

教員の雇用判断のAAをめぐる文脈では、AAの正当性を主張する際に、マイノリティの教員は白人の教員では与えることができない利益をマイノリティの生徒に与えられる旨が述べられている⁷²⁾。この見解は「黒人生徒が特別に必要とすることに取り組む際に、白人の教員では役割を果たせないという推測を助長する」とされる⁷³⁾。ロールモデルに関し、Wygant 判決パウエル裁判官相対多数意見は、黒人生徒が黒人教員と首尾よく関係を築くという考えは、合衆国最高裁がPlessy 判決で認めBrown 判決で否定した人種分離の制度を導く可能性があり、論理的に極端な方向へと向かう旨を示した⁷⁴⁾。

人種区分は不当な行為であるという前提の下⁷⁵⁾、カラー・ブラインドな社会の達成が合衆国の最終目標だと考えられてきた⁷⁶⁾。合衆国は社会生活で人種が役割を果たさないことを求めてきたのであり⁷⁷⁾、判例でもこの点が指摘される⁷⁸⁾。

だが、ロールモデルの理論によりAAを正当化する議論は、マイノリティを取り巻く歴史と差異の物語を考慮して、白人の教員が黒人の学生にロールモデルとして務められないことを意味していた可能性がある⁷⁹⁾。言い換えれば、この見解は以下の理由に依拠する。黒人への差別は、黒人が白人の有する知的能力を欠いているという立場に歴史的に置かれてきたという事実を考えると、白人教員は、この生徒にとってロールモデルとしての資格を欠いている⁸⁰⁾。

社会経済的に高い地位にあるマイノリティは潜在的に差別の対象になるが、指導的地位にある白人はその対象とならないため、前者はロールモデルとしての役割を果たし、マイノリティを鼓舞することで、不利な状況を改善する可能性がある⁸¹⁾。人種差別の経験から、マイノリティは共通の関心を抱き⁸²⁾、人種によってグループ（派閥）を構成すると指摘される⁸³⁾。

3. ロールモデルの理論と真に救済の必要な者

AA への数ある批判において、マイノリティの中でも優位な状況にある者が直接の受益者となり、真に救済の必要な者が直接の受益者になっていないということが最たる批判である⁸⁴⁾。真に救済が必要な者とは、不利な状況になれば、AA が無くとも既存の基準で地位を獲得できた者である。真に救済の必要な者を救済し、差別の影響により生じた不利な状況がなかった状態に戻すことについては、誰も否定できない⁸⁵⁾。

この批判に対し、ロールモデルの理論は以下のように反論する。社会的差別は、中間層のマイノリティの地位の獲得に悪影響を及ぼし、社会経済的な地位に関係なく、すべてのマイノリティが不利な状況に置かれている⁸⁶⁾。人種主義とその影響は常に存在し⁸⁷⁾、ロールモデルの役割を担う AA の直接の受益者の多くはマイノリティの中でも比較的優位な状況にあるが、人種主義の影響を受けている。直接の受益者とならないマイノリティはロールモデルに触れることで、努力すれば報われることを認識し、自身の可能性が広がることで、利益を受ける。また、成功者であるロールモデルを見ることで、AA から直接的に利益を受けないマイノリティは自己の能力を疑問視せずに、誇りを持つことができる⁸⁸⁾。

以上の理論では、ロールモデルに基づく AA は真に救済の必要な者に平等機会を促進する可能性はあるが、直接的ではなく間接的に利益を及ぼしているにすぎない。また、ロ

ールモデルの役割を担う直接の受益者の多くは社会経済的に低い地位ではなく、真に救済の必要な者が直接の受益者になっているとの批判に答えられていない。

4. 時間的制約

(1) 論理的終結点

合衆国最高裁の判例では、AA に肯定的な裁判官から否定的な裁判官に至るまで、AA が正当だとされる重要な要件として、時間的制約が認識されてきた⁸⁹⁾。Wygant 判決パウエル裁判官相対多数意見は、ロールモデルの理論に「論理的な終結点」がなく、無期限に AA を正当化する懸念から、この理論による正当化を否定した⁹⁰⁾。

その後の Croson 判決でも、合衆国最高裁は Wygant 判決を参照し、ロールモデルの理論には「論理的な終結点」がないとして、この理論による AA の正当化を否定した⁹¹⁾。だが、Croson 判決は、地区の建設業界内での特定された差別を救済するための人種区分の使用が、過去の差別行為の救済に必要な救済の範囲と期間に関して指針を与えているため、許容しうると示した⁹²⁾。合衆国最高裁はロールモデルの理論に論理的終結点がないとして、それによる AA の正当化を否定したが、差別の救済の必要性がある場合には、終結点があるとして AA の正当化を容認した⁹³⁾。

AA の事例でロールモデルの理論を適用する際に、合衆国最高裁を悩ましたのは、ロールモデルの概念が社会の中で永続化し、それによって、人種が問題とされたときはいつでも、社会的及び政治的生活から一定の人々を排除する可能性があるという懸念である⁹⁴⁾。合衆国では、マイノリティが劣等であるといった誤解や評価の切り下げが未だに存在する⁹⁵⁾。それらが合衆国の政治・社会的環境を定義しない動きが出たときにロールモデルの理論に基づく AA は終結するが、この地点には到達しておらず、カースト制度は合衆国のマイノリティの市民の存在を定義し続けている

るとされる⁹⁶⁾。

人種主義が社会に定着しているため、マイノリティの支援にはロールモデルの議論が必要であり続けているとされる⁹⁷⁾。この見解によれば、ロールモデルの理論によるAAの正当化には「終結点がない」という議論には説得力がなく、人種主義の終了がロールモデルの理論を不要にし、人種主義がなくならない限りロールモデルの議論は関連し続ける⁹⁸⁾。もっとも、AAが環境の変化に対応していることを保証するために、AAの定期的な再評価が要求される⁹⁹⁾。

ロールモデルの理論では、理論的には、人種主義が終了したときに、AAは終結する。ロールモデルの理論は社会的差別の救済と関連し、それが根絶を意図する差別は社会的差別である (VI 2)。社会的差別は合衆国最高裁の中間派から否定派の裁判官に至るまで¹⁰⁰⁾、AAを正当化できないと否定された¹⁰¹⁾。

「社会的差別のあらゆる影響が終了するまで」AAの継続を許すことは「それらが永久に続くことを意味する可能性」があり¹⁰²⁾、社会的差別によるAAの正当化は無制限にAAを正当化すると批判される¹⁰³⁾。ロールモデルの理論はどの程度の人数が必要であるのかを具体的に提示せず、具体的にAAがいつ終了するのが明確ではない¹⁰⁴⁾。

故に、ロールモデルの理論は理論上は終結点を持つが、実際にはその終結点是不明確である。合衆国の人種構成は益々変化しており¹⁰⁵⁾、このような多様な社会では、不均衡は自然と生じ、これを是正しようとすれば、AAは永続化する¹⁰⁶⁾。

(2) 敬讓と時間的制約

ロールモデルの理論に基づくAAに論理的終結点があるとしても、裁判所がAAの合憲性をどの程度厳密に審査するのによって、実際にAAが時間的に制約されているのか否かが決まる。具体的には、ロールモデルの理論は目的達成のために相当数のマイノリティのロールモデルの存在を必要とし (VII 1)、判断形成機関はどの程度の相当数が必要

なのかを判断するが、その判断に対して、裁判所が厳しい審査をするのか、あるいは敬讓 (deference)¹⁰⁷⁾を示して緩やかに合憲性審査をするのかによって、時間的制約の緩厳は左右される。

悪意ある人種差別とAAを含めて、すべての人種区分には厳格審査を適用することが合衆国最高裁で確立された¹⁰⁸⁾。だが、合衆国最高裁は判断形成機関 (特に高等教育機関など) の持つ権限を考慮して、その機関の判断を敬讓し、厳格審査を適用しながらも実際の合憲性判断の厳格度を弱めた。厳格審査と敬讓の問題は高等教育機関の入学選抜の多様性に基づくAAの文脈で展開されており、ロールモデルの理論に基づくAAの文脈では言及されていない。だが、多様性とロールモデルのどちらの理論に基づこうとも、目的達成のために相当数のマイノリティを必要とする点では共通している。多様性に基づくAAの文脈では、相当数の判断に対する裁判所による敬讓が時間的制約を無意味にすると論じられている。

例えば、ミシガン大学ロー・スクールの入学選抜のAAの合憲性が問題となり、目的及び手段審査で敬讓を示す厳格審査の下で合憲判断を下したGrutter判決¹⁰⁹⁾では、オコナ裁判官法廷意見は、実行可能になれば、AAを終了するというロー・スクールの主張を「額面通りに受け取る」と示す¹¹⁰⁾。即ち、ロー・スクールが未だに多様性の達成に必要な相当数が達成されていないと主張する限り、AAは継続する。故に、同法廷意見は時間的制約についてほぼ無審査だとされる¹¹¹⁾。

テキサス大学オースティン校の入学選抜のAAの合憲性が問題とされたFisher II判決¹¹²⁾で、ケネディ裁判官法廷意見は大学の判断を目的審査では敬讓し、手段審査ではない厳格審査を適用し、合憲判断を下した。同法廷意見は、未だに相当数に達していないと大学が論証する際に、大学によって示された研究と、教職員によって示された逸話に依拠する¹¹³⁾。これに対し、アリート裁判官反

対意見は、明確性や正確性をもっていずれの合理的な総計によって、相当数が達成されたときを定義していないときに、マイノリティ学生の入学者の相当数を未だに達成していないとするテキサス大学の正当化理由を支持する同法廷意見を激しく批判する¹¹⁴⁾。同反対意見によれば、テキサス大学は相当数が達成されたと考えるときを知っていると述べており、「言い換えるならば」テキサス大学は「我々を信じろ」と言っている¹¹⁵⁾。

相当数は大学にしか測ることが出来ないという考えに基づき¹¹⁶⁾、同法廷意見は相当数が達成されていないという大学の主張を信頼する¹¹⁷⁾。逸話の証拠と同様に、数多くの研究の証拠を認める際に、完全に近い敬讓が大学に与えられていると評される¹¹⁸⁾。

以上のように、相当数の達成の時期の判断について、大学の判断が敬讓されると、大学が相当数が未だに達成されていないと述べる限り、AAは継続する。学説では、ロールモデルの理論を高等教育機関の雇用判断に適用する見解が見られるが（Ⅶ3）、修正第1条の特別な関心から大学のAAに関する判断を裁判所が敬讓するならば¹¹⁹⁾、相当数のロールモデルが未だに存在しないと大学が主張する限り、AAは継続する。

(Endnotes)

- 1) *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 546 F. Supp. 1195, 1201 (E.D. Mich. 1982).
- 2) *Wygant*, 476 U.S. 267, 274-75 (Powell J., jointed by Burger C.J., Rehnquist, O'Connor JJ., plurality) (1986). 当該判決については、西村裕三「アメリカにおけるアファーマティヴ・アクションをめぐる法的諸問題」大阪府立大学経済研究書 66 冊 100 頁以下 (1987) 参照。*Wygant* 判決では、合衆国最高裁はロールモデルの理論から生じる利益を示す法廷助言書で埋め尽くされたとされる (Joshua P. Thompson & Adam R. Pomeroy, *Desperately Seeking Scruti-*

ny: Why The Supreme Court Should Use Fisher V. University Of Texas To Restore Meaningful Review To Race-Based College Admission Programs, 7 Charleston L. Rev. 139, 157 (2012))。

- 3) *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469 (1989). 当該判決については、大沢秀介「最近のアファーマティヴ・アクション——クロソン判決を素材に——」法学研究 63 巻 12 号 223 頁 (1990) 等参照。
- 4) 488 U.S. at 497-498 (quoting *Wygant*, 476 U.S. at 275 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J., White, Kennedy JJ., plurality) (1989).
- 5) See Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377, 1389-90 (1996).
- 6) See Axel Honneth, *Integrity and Disrespect: Principles of a Conception of Morality Based on the Theory of Recognition*, 20 Pol. Theory 187, 189 (1992).
- 7) See Addis, *supra* note 5, at 1393-95.
- 8) Paul Brest & Miranda Oshige, *Affirmative Action for Whom?*, 47 Stan. L. Rev. 855, 869 (1995). ロールモデルの理論はジェンダーにも係る。例えば、黒人の男性法学教授は黒人の女子学生のロールモデルにはなり得ないという見解もある (See Addis, *supra* note 5, at 1377, n 5)。黒人の女子学生にとって、黒人の女性法学教授がロールモデルとして必要であるのかが検討されている (See Symposium, *Black Women Law Professors: Building a Community at the Intersection of Race and Gender*, 6 Berkeley Women's L.J. 1 (1990-1991))。この問題は、ハーバード大学ロー・スクールの学生によって大学に提起された訴訟で現れた (See *Harvard Law Sch. Coalition for Civil Rights v. President of Harvard College*, 595 N.E.2d 316 (Mass. 1992))。学生の原告は、教員組織における一定のグループのメンバーの欠如は学校の差別的な雇

- 用行為の結果であり、一定の保護されたグループに対する差別的な雇用行為を禁止するマサチューセッツ州法を侵害すると主張した (*See id.* at 317-18)。マサチューセッツ州最高裁は、学生は適格を有しておらず、部分的には「彼らが観点、人生経験、ロールモデルへのアクセスの否定について主張する侵害は、当該法律の関心事にはない」ことから、この訴えを退けた (*Id.* at 319)。
- 9) *See Addis, supra* note 5, at 1393.
 - 10) *See* Jon C. Dubin, *Essay: Faculty Diversity as a Clinical Legal Education Imperative*, 51 *Hastings L.J.* 445, 466 (2000).
 - 11) *See* Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* 328, Belknap Press (1996) (ロールモデルは、「成功の肯定的な社会的シンボル」として役立つと指摘されている。).
 - 12) *See Addis, supra* note 5, at 1430.
 - 13) Brest & Oshige, *supra* note 8, at 869.
 - 14) *See Addis, supra* note 5, at 1430.
 - 15) マイノリティがロールモデルとして望ましい振るまいや見解を持たない危険が指摘されるが (Stephen L. Carter, *Reflections of an Affirmative Action Baby* 32-33, Basic Books (1996))、こうした意味で、ロールモデルの理論では、ロールモデルとしての地位にあるマイノリティの個人が人種問題にいかなる見解を有していても、その存在価値に変わりはない。その存在がマイノリティを成功へと鼓舞することが重要であり、存在自体に価値がある (*See Addis, supra* note 5, at 1395-96)。この論理は、ジェンダーの文脈でも用いられている (*See* Judith J. Thomson, *Preferential Hiring*, in *Equality and Preferential Treatment* 19, 23, Princeton University Press (Marshall Cohen *et al.* eds., 1977))。
 - 16) *See* Croson, 488 U.S. 469, 497-98 (1989) (ロールモデルの概念は「生じたと考えられる憲法上あるいは制定法上の侵害を支持する何等の理由と関連」していないと批判し、「それは範囲と期間において人種に基づく判断形成を本質的に無制限に『正当化する』ために用いられる」と主張する。); Wygant, 476 U.S. at 276 (「人種区分による救済をかすにはあまりにも漠然とした理由」だとしてロールモデルの概念を批判している。).
 - 17) *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979).
 - 18) 小学校教員に応募したときに、法の合憲性に異議を申立てた上訴人の1人は、スコットランドから合衆国にやって来た永住者であり、約10年合衆国に居住し、合衆国市民と婚姻した (*See* 441 U.S. at 71)。彼女は「マサチューセッツカレッジを首席で卒業し、ニューヨーク州立大学 Albany 校でフルタイムの大学院を修了した。彼女はこの国と英国で教えていた。」(441 U.S. at 85 n.4 (Blackmun, J., dissenting))。
 - 19) 441 U.S. at 69-70 & n.1.
 - 20) Wygant, 476 U.S. at 276 (Powell J., jointed by Burger C.J. & Rehnquist, O'Connor JJ., plurality).
 - 21) *See Addis, supra* note 5, at 1443.
 - 22) *See* 441 U.S. at 79-80; *See also* Lorain Journal Co. v. Milkovich, 474 U.S. 953, 958-59 (1985) (Brennan, J., dissenting) (義務を遵守する市民になるために、公立学校の役割を強調している。).
 - 23) *See Addis, supra* note 5, at 1443.
 - 24) *See Addis, supra* note 5, at 1443.
 - 25) *See Addis, supra* note 5, at 1443-44.
 - 26) *See Addis, supra* note 5, at 1444.
 - 27) *Addis, supra* note 5, at 1444.
 - 28) *Addis, supra* note 5, at 1445 n.194. *Ambach*, 441 U.S. at 80 (「上訴人と同様の状況にある外国人は、実際に、彼ら自身を区分する選択をしていた。」); Wygant, 476 U.S. at 276 (「(このようなロールモデルの理論の下で) 裁判所は、過去に際限なく達し、将来に無制限に影響を及ぼす救済を支持できる。」).
 - 29) *Addis, supra* note 5, at 1445 n.194.

- 30) Brest & Oshige, *supra* note 8, at 869 ; Addis, *supra* note 5, at 1396.
- 31) Richard H. Fallon, Jr, *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 Ucla L. Rev. 1913, 1926 (1996); Bruce P. Lapenson, *Affirmative Action And The Meanings Of Merit* 68, University Press of America (2009).
- 32) See Richard D. Kahlenberg, *The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action* 169, Basic Books (1996).
- 33) See William J. Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* 58-59, University of Chicago Press (1987).
- 34) Addis, *supra* note 5, at 1400.
- 35) Brest & Oshige, *supra* note 8, at 869.
- 36) John Ogbu, *Minority Education and Caste: the American System Cross-cultural Perspective* 2, Academic Press (1978).
- 37) Ogbu, *supra* note 38, at 5.
- 38) Brest & Oshige, *supra* note 8, at 871.
- 39) Ronald L. Taylor, *Black Youth, Role Models and the Social Construction of Identity*, in *Black Adolescents* 155, 156-58 (Reginald L. Jones ed., 1989).
- 40) Taylor, *supra* note 39, at 158.
- 41) Taylor, *supra* note 39, at 165-67.
- 42) Jeff Howard & Ray Hammond, *Rumors of Inferiority*, in *Racial Preference and Racial Justice: The New Affirmative Action Controversy* 367, UPA (Russell Nieli ed., 1991).
- 43) Taylor, *supra* note 39, at 171.
- 44) Brest & Oshige, *supra* note 8, at 869.
- 45) Lapenson, *supra* note 31, at 43.
- 46) 判例では、専門職でのロールモデルの必要性が認識されている。Latin Am. Citizens Council v. Clements, 914 F.2d 620, 659 n.14 (5th Cir. 1990) (「黒人とヒスパニックの裁判官は、過去に現実の可能性として法律家あるいは裁判官のキャリアを築くことができなかった、マイノリティグループの他のメンバーのロールモデルとして務める。」)。
- 学説でも、専門職でのロールモデルの重要性が論じられている。マイノリティグループのメンバーの目に見える競争力の向上は外部者の否定的な固定観念を減じ、グループ全体の競争力を強化し、否定的な固定観念の縮減と積極的な期待の創造は、人々がマイノリティの専門職と接触するときに生じるとされる (Brest & Oshige, *supra* note 8, at 871)。例えば、法学教授はアメリカ社会で高い社会的地位を得ており、マイノリティの法学教授の存在はグループの他のメンバーを利するとされる (See Duncan Kennedy, *Frontier of Legal Thought III: A Cultural Pluralist Case for Affirmative Action in Legal Academia*, 1990 Duke L.J. 705, 726; Brest & Oshige, *supra* note 8, at 872)。
- 47) Taylor, *supra* note 39, at 155, 163.
- 48) See John Arthur, *The Limit of Equality in The Unfinished Constitution : Philosophy and Constitutional Practice* 242, 250-51, Wadsworth Pub Co (1989).
- 49) 黒人初の合衆国最高裁の裁判官に任命された「Thurgood Marshall は国中の黒人の法律家とロー・スクール生の1つのモデルであった」とされる (Derrick Bell, *In Memory of Thurgood Marshall*, 68 N.Y.U. L. Rev. 212, 213 (1993))。
- 50) See John Ogbu, *Minority and Caste*, 2, Academic Press (1978).
- 51) See Brest & Oshige, *supra* note 8, at 875.
- 52) Addis, *supra* note 5, at 1400.
- 53) Addis, *supra* note 5, at 1400-01.
- 54) Taylor, *supra* note 39, at 167.
- 55) Taylor, *supra* note 39, at 168.
- 56) Addis, *supra* note 5, at 1425.
- 57) See, e.g., Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276-80,

- 320-22, Free Press (1994) (合衆国で、黒人は白人よりも認知能力がかなり低く、この差が高い能力を必要とする職業での黒人の過小代表を説明するとする。); Lance Hill, *Nazi Race Doctrine in the Political Thought of David Duke*, in *The Emergence of David Duke and the Politics of Race* 94, 100-02, The University of North Carolina Press (Douglas D. Rose ed., 1992) (「遺伝的劣等性が、あるエスニックグループが『優れた文化』を吸収する能力を低くしている」という見解があることを説明している。).
- 58) Addis, *supra* note 5, at 1440.
- 59) *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 546 F. Supp. 1195, 1201 (E.D. Mich. 1982) (emphasis added), *aff'd*, 746 F.2d 1152 (6th Cir. 1984), and *rev'd*, 476 U.S. 267 (1986).
- 60) Addis, *supra* note 5, at 1435.
- 61) Addis, *supra* note 5, at 1440-41.
- 62) Addis, *supra* note 5, at 1441.
- 63) See Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2097, 2113-14 (2004).
- 64) 例えば、クリントン政権下での合衆国最高裁への人種のマイノリティや女性の裁判官や、合衆国裁判所裁判官へのそれらのグループの意義のある数の任命は、それらのグループが差別されていないことを示しているとされる (See Sheldon Goldman & Matthew D. Saronson, *Clinton's Nontraditional Judges: Creating a More Representative Bench*, 78 *Judicature* 68, 68 (1994)).
- 65) Addis, *supra* note 5, at 1430.
- 66) Addis, *supra* note 5, at 1460-61.
- 67) Addis, *supra* note 5, at 1461.
- 68) See Richard Delgado, *Affirmative Action As a Majoritarian Device: Or, Do You Really Want to Be a Role Model?*, 89 Mich. L. Rev. 1222, 1228-29 (1991).
- 69) Delgado, *supra* note 68, at 1222.
- 70) See Anita L. Allen, *On Being a Role Model*, 6 Berkeley Women's L.J. 22, 37 (1990-1991).
- 71) See Brest & Oshige, *supra* note 8, at 870. これに対しては、AA の直接の受益者と接触した多くの白人の従業員は、AA に対する彼らの敵意にもかかわらず、個人としての彼らの能力を尊重したという主張のように (Bron R. Taylor, *Affirmative Action At Work* 59 (1991))、AA によって劣等性の烙印は生じないとの反論が可能である。
- 72) See *Wygant*, 476 U.S. at 315 (Stevens, J., dissenting).
- 73) Allen, *supra* note 70, at 25.
- 74) *Wygant*, 476 U.S. at 276. 後の判例で、トマス裁判官はこの部分を参照し「黒人生徒は黒人の教員とうまくやるという概念は、本法廷が *Brown v. Board of Education* でまさに否定した制度を導きうる」と述べる (133 S.Ct. at 2423 (citing *Wygant*, 476 U.S. at 276) (Thomas J., concurring)). これらの見解に対しては、*Wygant* 判決で問題とされたマイノリティの包含策と *Plessy* 判決で問題とされていた排除策の同一視は誤っていると指摘される (Addis, *supra* note 5, at 1438).
- 75) William B. Reynolds, *Individualism vs. Group Rights: The Legacy of Brown*, 93 Yale L.J. 995, 1000 (1984).
- 76) Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 156 (1991).
- 77) Alexander Bickel, *The Morality of Consent* 133, Yale University Press (1975).
- 78) *Fullilove*, 448 U.S. at 547 (Stevens, J., dissenting) (1980) (「最終目標は、人間の人種といったような無関係な要素を政府の判断形成から完全に排除するところにある。」); *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497 U.S. at 611 (O'Connor, J., dissenting) (1990) (「1つの国家として、我々は(人種的な)排除のこのような歴史によって影

- 響を受けない社会の創造を望む。』)。
- 79) Addis, *supra* note 5, at 1435. 例えば、下級審判例では以下のように示されている。「多様な文化的及び多様な人種構成を持つ……学校制度において、すべての学生がロールモデルとして十分な人数がいるというのは重要である。このことは、ヒスパニックとネイティヴアメリカンのように、歴史的に国中で差別されてきた人種にとって、特に真実である。」(Oliver v. Kalamazoo Bd. of Educ., 498 F. Supp. 732, 754 n.73 (W.D. Mich. 1980))
- 80) Addis, *supra* note 5, at 1436.
- 81) See Jonathan Feldman, *Review Essay: Race-Consciousness Versus Colorblindness in the Selection of Civil Rights Leaders: Reflections upon Jack Greenberg's Crusaders in Courts*, 84 Cal. Rev. 151, 155 (1996).
- 82) Lisa E. Chang, *Remedial Purpose and Affirmative Action: False Limits and Real Harms*, 16 Yale L. & Pol'y Rev. 59, 92 (1997).
- 83) See Pamela S. Karla & Daryl J. Levinson, *Why Voting Is Different*, 84 Cal. L. Rev. 1201, 1218–19 (1996).
- 84) See Kahlenberg, *supra* note 32, at 229 n.4.
- 85) これに対し、差別がなければマイノリティが現在どのような状態にあるのかは不明確だとする指摘もある (See Lisa E. Chang, *supra* note 82, 83–84)。
- 86) See Deborah C. Malamud, *Affirmative Action, Diversity, and the Black Middle Class*, 68 U. Colo. L. Rev. 939 (1997).
- 87) Frederick A. Morton, Jr., *Class-based Affirmative Action: Another Illustration of America Denying the Impact of Race*, 45 Rutgers L. Rev. 1089, 1121 (1993).
- 88) Feldman, *supra* note 81, at 155..
- 89) See Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 116–17 (2006).
- 90) Wygant, 476 U.S. at 275–76. これに対し、ロールモデルの理論には言及していないが、マーシャル裁判官反対意見は、「救済的な手段がもはや要求されないときに」人種を意識するレイオフ計画の廃止が予測されるため、一時的な意味において密接に仕立てられていると考えた (476 U.S. at 309(Marshall, J., dissenting))。
- 91) 488 U.S. at 497–498 (quoting Wygant, 476 U.S. at 275 (O'Connor jointed by Rehnquist C.J, White, Kennedy JJ., plurality) (1989).
- 92) Croson, 488 U.S. at 500, 508.
- 93) See Mark W. Cordes, *Affirmative Action After Grutter and Gratz*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 691, 743–44 (2004).
- 94) Addis, *supra* note 5, at 1445 n 194.
- 95) Cass R. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 Mich. L. Rev. 2410, 2429 (1994).
- 96) Addis, *supra* note 5, at 1441.
- 97) See Addis, *supra* note 5, at 1445 n 194.
- 98) Addis, *supra* note 5, at 1445 n 194.
- 99) See Jonathan R. Alger, *Unfinished Homework for Universities: Making the Case for Affirmative Action*, 54 Wash. U. J. Urb. & Contem. L. 73, 87 (1998).
- 100) See, e.g., Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 307 (Powell J., opinion) (1978) (「社会的差別は、無制限に過去に到達する可能性のある侵害の曖昧な概念である。』)。
- 101) Gabriel J. Chin, *Bakke to the Wall: The Crisis of Bakkean Diversity*, 4 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 881, 883–84 (1996).
- 102) John C. Jeffries, Jr., *Bakke Revisited*, 2003 Sup. Ct. Rev. 1., at 7.
- 103) Goldstein, *supra* note 89, at 115.
- 104) See Adeno Addis, *The Concept of Critical Mass in Legal Discourse*, 29 Cardozo L. Rev. 97, 115–16 (2007).
- 105) See Corey A. Ciocchetti & John Hol-

- comb, *The Frontier of Affirmative Action: Employment Preferences & Diversity in the Private Workplace*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 283, 322-23 (2010).
- 106) See Reva B. Siegel, *Equal Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 26 (2013).
- 107) 厳格審査と敬讓の関係については、拙稿「アメリカ合衆国裁判所における厳格審査と敬讓 (1・2 (完)) —高等教育機関による人種区分と司法審査基準」桐蔭法学 25 巻 1 号 (2018) 1 頁, 2 号 (2018) 1 頁等参照。
- 108) 拙稿「Affirmative Action 正当化の法理論—アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に」(商事法務, 2015) 48 頁以下参照。
- 109) 当該判決については、樋口範雄・柿島美子・浅香吉幹・岩田太編『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012) 84 頁 (吉田仁美) 等参照。
- 110) 539 U.S. at 343.
- 111) See Louis Lapidus, *Diversity's Divergence: A Post Grutter Examination of Racial Preference in Public Employment*, 28 W. New Eng. L. Rev. 199, 218 (2006); Evan Gerstmann & Christopher Shortell, *The Many Faces of Strict Scrutiny: How The Supreme Court Changes The Rules in Race Cases*, 72 U. Pitt. L. Rev. 1, 36-37 (2010).
- 112) *Fisher v. University of Texas*, 136 S. Ct. 2198 (2016). 当該判決については拙稿「*Fisher v. University of Texas*, 136 S. Ct. 2198 (2016) —大学の入学者選抜における人種の使用は、目的審査では大学の判断を敬讓するが、手段審査では敬讓しない厳格審査 (strict scrutiny) の下で、合憲だとされた事例」アメリカ法 [2017-1] 106 頁参照。
- 113) 136 S.Ct. at 2211-12 (Kennedy J., jointed by Ginsburg, Breyer & Sotomayor JJ., majority).
- 114) 136 S.Ct. at 2216 (Alito J., jointed by Roberts C.J. & Thomas JJ., dissenting).
- 115) 136 S.Ct. at 2222.
- 116) Peter N. Kirsanow, *Race Discrimination Rationalized Again*, 2016 Cato Sup. Ct. Rev. 59, 63.
- 117) Elizabeth Slattery, *Fisher v. UT-Austin and the Future of Racial Preferences in College Admissions*, 17 Federalist Soc'y Rev. 22, 25 (2016).
- 118) Kelly L. Claxton, *Fisher v. University of Texas at Austin 136 S. Ct. 2198 (2016)*, 43 Ohio N.U.L. Rev. 219, 238 (2017).
- 119) *Grutter*, 539 U.S. at 324.